4.



JESUS, MARIA, JOSEPH, Y SAN FRANCISCO de Paula.

INFORME JURIDICO,

QUE

PRESENTA A LOS SEñORES DE LA REAL AUDIENCIA

DON FRANCISCO FERNANDO ZARZUELA,

ANTES GIRON DE REBOLLEDO, EN EL PLEYTO QUE SIGUE

CON

DOÑA ROSALIA GIRON DE REBOLLEDO, Y DE RIBERA, VIUDA.

SOBRE

LA SUCCESSION DEL MAYORAZGO FUNDADO POR D. Francisco Zarçuela el Antiguo, Justicia que fue de Aragon, y bienes en èl recayentes, y subrogados, vacante por muerte de Don Francisco Zarçuela, antes Sapena, su ultimo possehedor.

4.

EMITTE LUCEM TUAM, ET VERITATEM TUAM.

HECHO.



DON Franciſco Zarçuela el Antiguo, Juſticia de Aragon, por ſu ultimo teſtamento otorgado en la Ciudad de Zaragoza ante Antonio Salabert Eſcrivano à los 3. de Setiembre 1433. fundò de las Villas de Xerica, Vivèl, Caudièl, y Novaliches, y del del Toro, y demàs adeherentes, Mayorazgo, y nombrò por primer heredero à Don Franciſco Zarçuela ſu hijo, baxo el pacto, condicion, y vinculo, que ſi murieſſe con hijos varones, ſucedieſſe en dichos bienes el hijo varon mayor; y en falta de èſte ſin hijos varones de legitimo matrimonio procreados, ò eſtos fueſſen Religioſos, ò en Sacro Orden conſtituidos, llamò al ſegundogenito, y ſucceſsivamente en la propria forma à los demàs; y para en el caſo, que dicho Don Franciſco, primer heredero, murieſſe con hijo, ò hijos varones de legitimo matrimonio procreados, ò con deſcendientes varones de ellos por recta linea maſculina, llamò à èſte à la dicha ſucceſsiõ por via de primogenitura. Y para en el caſo de faltar toda eſta deſcendencia maſculina, ò que fueſſen Religioſos, ò en Sacro Orden conſtituidos, llamò à la hija primogenita del dicho Don Franciſco, primer heredero, y à ſus hijos varones de legitimo matrimonio procreados, ò deſcendientes varones de ellos; y en ſu defeto llamò à la hija ſegundogenita del dicho Don Franciſco; y ſucceſsivamente en el proprio modo, y forma à los demàs, de mayor en menor. Y para en el caſo, que el dicho D. Franciſco fallecieſſe ſin hijos, ò hijas, è deſcendientes de ellos, ù de ellas varones, ò fueſſen Religioſos, ò en Sacro Orden conſtituidos, quiſo paſſaſſe dicha ſucceſſion al hijo varon primogenito de Francina Zarçuela ſu hija, tomando el nombre, y Armas de Zarçuela, ſin mixtura alguna; y faltando èſta ſin hijos varones, ù deſcendientes por recta linea maſculina, previno, ſucedieſſe el ſegundogenito de aquella; y aſsi paſſaſſe la dicha ſucceſsion de mayor en menor de los hijos varones de la dicha Francina, queriendo ſe radicaſſe en eſta deſcendencia maſculina la dicha ſucceſsion, y que tuvieſſe ſu progreſſo reſpeto de las hijas de la dicha Francina, y deſcendientes varones de eſtas, en la propria forma con

que

Para la decision deste pleito se an de ver bien las clausulas en particular la 476. ibi hijos y descendientes varones: y las ultimas clausulas. Molin. D. Primog. lib. 3. Cap. 7. et 5. a n. 31. cu plurib. segg. Castillo Contr. lib. 6. Cap. 131. a n. 6. Lara d. Vita hominis Cap. 30. a n. 116. y la Sent.a del Cons.o de Aragon inf. n. 51. Aquila de Rojas de incompatib. par. 1. cap. 6. a n. 355. Castillo Contr. lib. 2. c.

que fueron llamados los hijos del dicho Don Franciſco, primer heredero. Y ſi la dicha Francina murieſſe ſin hijos, è hijas, ò eſtas, y ſus deſcendientes fallecieſſen ſin hijos varones de legitimo matrimonio procreados, ò ſin deſcendientes de ellos, ò fueſſen Religioſos, ò en Sacro Orden conſtituidos, llamò al Real Monaſterio de Valde-Chriſto, ſito en eſte Reyno; ſegun ſe deprehende de las clauſulas ſiguientes.

CLAUSULA I.

„ E cumplidas todas, y cada una de las coſas ſobredichas, dexo „ de gracia eſpecial al dicho Don Franciſco Zarçuela mi hijo la Baronìa de Xerica, y todos los Lugares de aquella, y todos los otros „ Lugares, tierras, y bienes mios, à mi pertenecientes, y expectantes, muebles, y cedientes, nombres, derechos, y acciones, y en „ aquellos, y aquellas heredero univerſal le conſtituyo; con tal manera, vinculo, y condicion empero dexo la Baronìa de Xerica, y „ Lugares de ella al dicho Don Franciſco mi hijo, que deſpues de la „ muerte del dicho Don Franciſco, la dicha Baronìa, y Lugares de „ ella, vengan al hijo Varon legitimo, y de legitimo matrimonio „ carnalmente procreado del dicho Don Franciſco, pueſto que no „ ſea Religioſo, ni en Sacro Orden conſtituido, ſi un ſolo hijo legitimo, y de legitimo matrimonio carnalmente procreado le ſobrevivirà; ſi por ventura le ſobreviviràn dos, ò mas hijos legitimos „ varones, y de legitimo matrimonio carnalmente procreados, en „ aquel caſo quiero, que deſpues de la muerte del dicho Don Franciſco, la dicha Baronìa, y Lugares de ella ſean del hijo mayor varon de mayor edad, con tal, que no ſea Religioſo, ni en Sacro „ Orden conſtituido.

CLAUSULA II.

„ Y ſi por ventura el dicho hijo mayor del dicho Don Franciſco „ morirà ſin hijos varones legitimos, y de legitimo matrimonio carnalmente procreados, ò ſerà Religioſo, ò en Sacro Orden conſtituido, en los dichos caſos, y en cada uno de ellos, la dicha Baronìa, „ y Lugares de aquella ſean, y vengan de è, al otro hijo del dicho „ Don Franciſco, que ſerà primero en orden de genitura, pueſto „ que no ſea Religioſo, ni en Sacro Orden conſtituido; è de alli adelante la dicha Baronìa, y Lugares de ella ſean, è vengan de mayor „ en menor de los dichos hijos del dicho Don Franciſco legitimos, è „ de legitimo matrimonio carnalmente procreados, guardadas las „ qualidades, modos, è formas ſobredichos, y ſobredichas.

CLAUSULA III.

„ E en caſo que el dicho hijo del dicho Don Franciſco, al qual „ deſpues de la muerte del dicho Don Franciſco pervendrà la dicha „ Baronìa, è Lugares, morirà con hijo, ò hijos varon, ò varones le- „ gitimos, è de legitimo matrimonio carnalmente procreados, ſi „ aquel, ò aquellos, à quien la dicha Baronìa ſuccesſivamente per- „ vendrà, moriràn con hijos varones legitimos, è de legitimo ma- „ trimonio carnalmente procreados, ò deſcendientes de ellos por „ recta linea maſculina varones, è de legitimo matrimonio carnal- „ mente, &c. en tal caſo, ſean, è pervengan la dicha Baronìa, è Lu- „ gares de ella al hijo varon legitimo, è de legitimo matrimonio car- „ nalmente procreado de los dichos hijo, ò hijos del dicho D. Fran- „ ciſco, al qual, ò à los quales la dicha Baronìa, è Lugares de ella „ ſean pervenidos, ò à ſus deſcendientes varones legitimos, è de le- „ gitimo matrimonio carnalmente procreados, con que no ſean Re- „ ligioſos, ni en Sacro Orden conſtituidos; è de alli adelante, la di- „ cha Baronìa, è Lugares pervengan de unos en otros, guardada la „ forma deſuſo dicha, è con las calidades deſuſo expreſſadas en la „ ſubſtitucion por mi hecha à los hijos del dicho Don Franciſco.

CLAUSULA IV.

„ E en caſo, que el dicho Don Franciſco muriere ſin hijos varo- „ nes legitimos, è de legitimo matrimonio carnalmente procreados, „ ò ſus hijos varones, è deſcendientes de èl, ù de ellos por recta li- „ nea maſculina murieſſen ſin hijos varones legitimos, è de legitimo „ matrimonio carnalmente procreados, ò los hijo, ò hijos del dicho „ Don Franciſco, è los deſcendientes de èl, ù de ellos varones legi- „ timos, è de legitimo matrimonio carnalmente procreados por re- „ cta linea maſculina ſeràn Religioſos, ò en Sacro Ordē cōſtituidos; „ en el qual caſo quiero, que deſpues de la muerte del dicho D. Fran- „ ciſco, la dicha Baronìa, è Lugares de ella ſean de la hija mayor de „ dias legitima, è de legitimo matrimonio carnalmente procreada „ del dicho D. Franciſco, pueſto q̄ no ſea Religioſa, ni en Sacro Or- „ den conſtituida, ſi una hija ſola legitima, è de legitimo, &c. le ſo- „ brevivirà; è ſi por ventura le ſobreviviràn dos, ò mas hijas legiti- „ mas, &c. en tal caſo quiero, que deſpues de la muerte de Don „ Franciſco, la dicha Baronìa, &c. ſean de la hija mayor del di- „ cho Don Franciſco; è ſi por ventura la dicha hija mayor de edad „ de dicho Don Franciſco morirà ſin hijos legitimos varones, è de „ legitimo matrimonio carnalmente procreados, ò ſerà Religioſa,

„ &c.

,, &c. en los dichos casos, è cada uno de ellos venga la dicha Baro-
,, nìa, è Lugares sean, è vengan de è, à la otra hija del dicho Don
,, Francisco, que serà primero en orden de genitura, con que no sea
,, Religiosa, &c. è de alli adelante la dicha Baronìa, è Lugares de
,, ella vengan de mayor en menor de las dichas hijas del dicho Don
,, Francisco, guardadas las calidades, modos, y formas sobredi-
,, chos, y sobredichas.

CLAUSULA V.

,, E en caso, que la dicha hija del dicho Don Francisco, à la qual
,, despues de la muerte del dicho Don Francisco la dicha Baronìa, è
,, Lugares pervendràn, morirà con hijo, ò hijos varon, ò varones le-
,, gitimos, è de legitimo matrimonio carnalmente procreados, si
,, aquel, ò aquellos, à quien la dicha herencia succesivamente per-
,, vendrà, moriràn con hijo, ò hijos varones legitimos, è de legitimo
,, matrimonio carnalmente procreados, è descendientes de ellos por
,, recta linea masculina varones, è de legitimo matrimonio carnal-
,, mente procreados; en tal caso sean, y pervengan la dicha Baronìa,
,, y Lugares al hijo varon legitimo, è de legitimo matrimonio car-
,, nalmente procreado de las dichas hija, ò hijas del dicho Don Fran-
,, cisco, à la qual, è à las quales la dicha Baronìa, è Lugares seràn per-
,, venidos, ò à sus descendientes varones legitimos, è de legitimo
,, matrimonio carnalmente procreados, con tal, que no sean Reli-
,, giosos, ni en Sacro Orden constituidos, è de alli adelante la di-
,, cha Baronìa, è Lugares pervengan de unos en otros, de ma-
,, yor en menor, guardada la forma desuso dicha, è con las
,, calidades desuso expressadas en la substitucion por mi hecha à
,, los hijos varones del dicho Don Francisco.

CLAUSULA VI.

,, E en caso, que el dicho Don Francisco muriere sin hijos, ò hi-
,, jas legitimas, è de legitimo matrimonio carnalmente procreados,
,, ò sus hijos, ò hijas, è descendientes de ellos, è de ellas muriessen
,, sin hijos varones legitimos, è de legitimo matrimonio carnalmen-
,, te procreados, è descendientes de ellos, ù de ellas, è los hijo, ò hi-
,, ja, hijos, ò hijas del dicho Don Francisco, è los descendientes
,, de èl, ù de ellos seràn Religiosos, ò en Sacro Orden constituidos,
,, en aquel caso quiero, que la dicha Baronìa, è Lugares de aquella
,, sean, è pervengan de è, al hijo mayor de edad varon legitimo, è
,, de legitimo matrimonio carnalmente procreado de la dicha Fran-
,, cina mi hija, casando ella empero de è, con voluntad de la dicha

,, mi

,, mi muger, è del dicho Don Francisco mi hijo, con tal, que el
,, tal hijo no sea Religioso, ni en Sacro Orden constituido; con esta
,, empero condicion, que se nombre el sobrenombre de Zarçuela, è
,, que lleve, haga, è use las Armas de Zarçuela, sin otra mixtura, èl,
,, è los descendientes de èl; è si el dicho hijo de la dicha Francina mi
,, hija varon, de legitimo matrimonio carnalmente procreado, ò el
,, dicho hijo mayor, si dos, ò mas moriràn sin hijos legitimos varo-
,, nes, è de legitimo matrimonio carnalmente procreados, è sin des-
,, cendientes de èl por recta linea masculina, è serà Religioso, ò en
,, Sacro Orden constituido, ò no se querrà nombrar el sobrenombre
,, de Zarçuela, ni llevar, hazer, y usar de las Armas de Zarçuela, sin
,, otra mixtura; en los dichos casos, ò cada uno de ellos, la dicha Ba-
,, ronìa, y Lugares sean, y pervengan de è, al otro hijo de la dicha
,, Francina mi hija varon legitimo, è de legitimo matrimonio car-
,, nalmente procreado mayor de edad; è de allì adelante de mayor
,, en menor, la dicha Baronìa, è Lugares de ella pervengan, guarda-
,, das las formas, modos, è calidades desuso dichas, assi en la subs-
,, titucion hecha en los hijos del dicho Don Francisco, como en la
,, substitucion hecha en los hijos de la dicha Francina.

CLAUSULA VII.

,, E si por ventura los hijo, ò hijos de la dicha Francina, al qual,
,, ò à los quales la dicha Baronìa, è Lugares de aquella pervendràn,
,, moriràn con hijo, ò hijos varones legitimos, è de legitimo matri-
,, monio carnalmente procreados, è descendientes de èl, ù de ellos
,, varones legitimos, è de legitimo matrimonio carnalmente pro-
,, creados por recta linea masculina; en aquel caso quiero, que la
,, dicha Baronìa, è Lugares de aquella vengan de è, à los dichos hi-
,, jo, ò hijos de los hijos de la dicha Francina, è à los descendientes
,, de ellos legitimos, è de legitimo matrimonio carnalmente pro-
,, creados varones, è por recta linea masculina descendientes, con
,, tal que se nombren el sobrenombre de Zarçuela, ò hagan llevar,
,, y usen las Armas de Zarçuela, sin otra mixtura, guardadas empe-
,, ro las formas, modos, y qualidades en la otras substituciones arri-
,, ba expressadas.

CLAUSULA VIII.

,, E si por ventura la dicha Francina mi hija no tuviere hijos va-
,, rones legitimos, è de legitimo matrimonio carnalmente procrea-
,, dos, ò sus hijos varones legitimos, y de legitimo marrimonio car-
,, nalmente procreados, è los descendiétes de ella, è de ellos por recta

,, li-

,, linea mafculina moriràn fin hijos varones legitimos, è de legitimo
,, matrimonio carnalmente procreados, ò feràn Religiofos,ò en Sa-
,, cro Orden cõftituidos,ò no querràn nombrarfe el fobrenombre de
,, Zarçuela,ni querràn hazer, llevar,ni ufar las Armas de Zarçuela;en
,, los dichos cafos, è cada uno de ellos la dicha Baronìa,è Lugares de
,, ella fean,è pervẽgan de è,à la hija legitima, è de legitimo matri-
,, monio carnalmente procreada de la dicha Francina mi hija,con q̃
,, no fea Religiofa,ni en Sacro Orden cõftituida,fi una fola hija legi-
,, tima, è de legitimo matrimonio procreada le fobrevivirà; è fi por
,, ventura le fobreviviràn dos, ò mas hijas legitimas, è de legitimo
,, matrimonio carnalmente procreadas; en aquel cafo quiero, que
,, defpues de la muerte de la dicha Francina, la dicha Baronìa, è Lu-
,, gares de aquella fean de la hija mayor en dias, legitima, è de legi-
,, timo matrimonio carnalmente procreada de la dicha Francina,
,, con que no fea Religiofa,&c. E fi por ventura la dicha hija mayor
,, de edad de la dicha Francina morirà fin hijos legitimos varones, è
,, de legitimo matrimonio carnalmente procreados, ò ferà Religio-
,, fa,&c. en los dichos cafos, en cada uno de ellos, la dicha Baronìa,
,, è Lugares de ella fean, è vengan de è, à la otra hija de la dicha
,, Francina, que ferà primero en orden de genitura, con que no fea
,, Religiofa, &c. è de alli adelante la dicha Baronìa, è Lugares de
,, ella vengan de mayor en menor de las dichas hijas de la dicha Frã-
,, cina, guardadas las calidades, modos, è formas fobredichos, è
,, fobredichas.

CLAUSULA IX.

,, E en cafo, que la dicha hija de la dicha Francina,à la qual def-
,, pues de la muerte de la dicha Francina la dicha Baronìa, è Luga-
,, res de aquella pervendrà, morirà con hijo, ò hijos varon, ò varo-
,, nes legitimos, è de legitimo matrimonio carnalmente procreados,
,, fi aquel, ò aquellos, à quien la dicha Baronìa fuccefsivamente
,, pervendrà, morirà con hijos varones legitimos, è de legitimo ma-
,, trimonio carnalmente procreados,è defcendientes de ellos por rec-
,, ta linea mafculina varones, è de legitimo matrimonio carnalmẽte
,, procreados; en tal cafo fean, è pervengan la dicha Baronìa, è Lu-
,, gares de ella al hijo varon legitimo, è de legitimo matrimonio
,, carnalmente procreado de las dichas hija, ò hijas de la dicha Fran-
,, cina, à la qual, ò à las quales la dicha Baronìa,è Lugares fean per-
,, venidos, ò à fus defcendientes varones legitimos, è de legitimo
,, matrimonio carnalmente procreados,con que no fean Religiofos,

,, ni

,, ni en Sacro Orden constituidos, è de alli adelante la dicha Baronia, è Lugares de ella pervengan de unos en otros de mayor en menor, guardada la forma desuso dicha con las calidades desuso expressadas en las substituciones sobredichas.

CLAUSULA X.

,, E en caso, que la dicha Francina mi hija muriere sin hijos, è hijas legitimas, è de legitimo matrimonio carnalmente procreados, è sus hijos, è hijas, è descendientes de ellos, è de ellas muriessen sin hijos varones legitimos, è de legitimo matrimonio carnalmente procreados, è descendientes de ellos, è de ellas, ò los hijo, ò hijos, hija, ò hijas de la dicha Francina, è los descendientes de ellos, è de ellas seràn Religiosos en Sacro Orden constituidos; en tal caso quiero, que la dicha Baronìa, è Lugares de aquella sean, è pervengan al Monasterio de Valde-Christo,&c.

Vista la fundacion del dicho Mayorazgo, el modo, y formas por extenso en ella contenidos. El orden, y progresso que ha tenido la dicha succesion, se deduce de el Arbol genealogico que và transcrito, por el qual quedan assimismo comprobadas las filiaciones en que vàn conformes las partes. Y aviendo sucedido la vacante de este mayorazgo por muerte de Don Francisco Zarçuela, y Sapena, y hecho trasito la succession à la linea, y descendencia, que formò Doña Anna Sapena Tia de èste, Muger que fue de Don Fernando Giron de Rebolledo, Baron de Andilla, Abuelo de los litigantes: encontrandose Don Francisco Fernando de èste unico descendiente varon, aunque por medio de Don Fernando su Padre, hijo segundogenito de la dicha Doña Anna, deve suceder por la qualidad del sexo, con preferencia à la dicha Doña Rosalia Giron de Rebolledo, Nieta tambien de la dicha Doña Anna Sapena, aunque por medio de Don Manuel Giron de Rebolledo, primogenito de èsta.

Supuesta la disposicion de nuestro vinculo, orden, y progresso que ha tenido la succesion, se dividira esta Alegacion en dos puntos. En el primero se harà demostracion, que el mayorazgo que hizo Don Francisco Zarçuela el Antiguo es de simple, y nuda masculinidad por su naturaleza, en que tiene inclusion Don Fernando Rebolledo en esta vacante, con exclusion de Doña Rosalia, aunque èsta se quiera considerar en mejor linea.

En el segundo, se propondràn las razones de la contraria, con que entiende fundar su intencion, y justicia; y se daràn juridicas satisfaciones.

PUNTO PRIMERO.

EN QUE SE HAZE DEMOSTRACION, QUE EL MAYOrazgo que hizo Don Francisco Zarçuela el Antiguo, es de simple, y nuda masculinidad por su naturaleza, en que tiene inclusion Don Fernando Rebolledo en esta vacante, con exclusion de Doña Rosalia, aunque èsta se quiera considerar en mejor linea.

1 Siendo la voluntad del testador suprema ley, que rige, y govierna las ultimas disposiciones, *l. verbis legis* 120. *de verb. signific. leg.* 1. *Cod. de Sacrosanctis Ecclesiis, cum vulgatis.* Molin. *de Hisp. Primog. lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 27. Mantic. *de conject. p.* 4. *quæst.* 33. *n.* 4. Larea *decis. Granat.* 54. *num.* 20. Crespi *observ.* 3. *num.* 15. no serìa justo entrar à discurrir especificamente sobre nuestro mayorazgo, sin dar una vista à todas las clausulas que le formaron, *quia est incivile nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita judicare, vel respondere,* como dixo el Jurisconsulto Celso *in leg.* 24. *ff. de legib.* como tambien, *quia nequit stimari bonitas loci, qui non extat, l. si servum* 4. §. *Si modus, ff. de action. empt. & vend.* Y conformandose las partes, en que Don Francisco Zarçuela, dicho el Antiguo, formò mayorazgo de sus bienes, y herencia; solo se duda de que calidad sea.

2 Para hazer ostension de su naturaleza se ha de suponer, que el vinculador en la primera clausula de su disposicion llamò à la succession de sus bienes, y herencia à Don Fracisco Zarçuela su hijo, y à sus descendientes varones legitimo avidos, y procreados de legitimo, y carnal matrimonio, guardado el orden de primogenitura, y demàs calidades apuestas en dicha disposicion.

3 En la segunda clausula previene el caso de morir el hijo mayor de dicho Don Francisco sin hijos, y descendientes varones, y demàs calidades apuestas, ù de ser Religioso, ò en Sacro Orden constituido; y para en dichos casos, y en cada uno de ellos, quiso entrasse à la succession de dicho mayorazgo el hijo segundogenito de D. Francisco, y sus descendientes varones, que se hallassen con las calidades pedidas.

4 En la tercera clausula llama al hijo mayor de el hijo, ò hijos de Don Francisco, al que la dicha succession tocasse, y sus descendientes varones, en el modo, y forma sobredichos: manifestando, al parecer, en todas tres clausulas, aver querido formar un vinculo de rigurosa agnacion, segun se dexa entender de la continuada vo-

ca-

cacion de varones; y por esta mesma razon lo entiende assi Molina *de Hisp. Primog. lib. 3. cap. 5. num. 45.* apoyando las autoridades de Juan Andres, Ricardo de Malumbre, y otros, ibi: *Sexta conclusio, quod quando in aliqua dispositione vacantur filii, seu descendentes masculi, ea dispositio de masculis descendentibus ex masculis; non autem de filiis, aut descendentibus masculis, qui à fœmina descendunt, intelligenda est.* De este sentir es Menochio *cons. 172.* y diferentes.

5 Pero esta dotrina de Molina la limita el mesmo en el *num. 48.* diziendo se ha de entender en aquellos casos, en que el testador en la institucion de el mayorazgo, considerò la razon de agnacion, ibi: *Hæc autem conclusio intelligenda est in omnibus casibus, quibus diximus, atque inferius dicemus in majoratus institutione consideratam fuisse agnationis conservationem*

6 Lo esfuerça mas Vela *diss. 49. num. 85.* circa medium, pues dize que no es bastante à inducir agnacion la continuada vocacion de varones, ni tampoco la exclusion de las hembras, ibi: *Per solam masculorum vocationem etiam continuatam, nec per fœminarum exclusionem, verè, ac propriè agnationi prospectum fuisse, sed nudæ masculinitati.* Y lo que mas atestigua lo dicho, y quita toda duda, es el mesmo testador, pues en la 4. y 5. clausula de su disposicion haze patente desviarse de la agnacion, llamando en ellas en falta de los hijos varones de hijo, ò hijos de Don Francisco à la hija mayor de èste, sus hijos, y descendientes varones, en el modo, y forma, que à los hijos, y descendientes de Don Francisco; y para el caso de morir la hija mayor, y sus descendientes varones, llama à la hija segundogenita de Don Francisco, segun, y en el modo, que à la hija mayor; por lo que es visto, que aviendo llamado à hembras, excluyò el concepto de agnacion, segun Molina *lib. 3. cap. 5. num. 29.* en donde hablando de la agnacion, dize ibi: *Quod tamen intelligendum erit, quando semper majoratus institutor masculos ad ejusdem successionem simpliciter, & absolutè invitavit, nec fœminam in aliqua parte majoratus admisit.*

7 Que las dichas clausulas 4. y 5. y sus vocaciones sean derogatorias de las antecedentes, y por consiguiente de la rigurosa agnacion, lo entiende assi Molina en dicho *lib. 3. cap. 5. num. 50.* donde dize, que el concepto de agnacion queda excluido de la disposicion en que se hallan con vocacion las hembras, ò varones de ellas, aunque precedan muchas vocaciones de varones, por quanto èstas solo inducen prelacion del sexo, ibi: *Septima conclusio, quod quoties in aliqua parte, seu clausula primogenii vocantur fœminæ, etiamsi pluries in eo*

pri-

primogenio masculi vocati fuerint, in eo non censetur habita agnationis ratio; sed solum prelatio masculis tributa, ita ut in eorum defectum fœminæ ejusdem gradus succedant. Y lo mesmo dize Baldo *cons.* 473. *lib.* 5. ibi: *Tunc censeri agnationem conservatam, quando fœmina semper excluditur, & nullo casu admittitur, & quod tunc quicumque agnatus quantumcumque remotus, fœminam propinquiorem excludet.*

8 Y con mayor expresion lo persuade Alexandro *cons.* 115. *n.* 10. *lib.* 2. *Ubi inquit non censeri habitam rationem agnationis ubi fœmina in aliqua parte dispositionis vocata invenitur*; y assi otros muchos que cita Molina en dicho lugar.

9 Esto mesmo afirma Castillo *lib.* 5. 2. *p. cap.* 92. *num.* 8. citando à Molina en el *lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 36. con otros muchos que refiere Zurdo *cons.* 316. *num.* 3. *lib.* 3. Ponte *de potestat. Proreg. tit.* 9. *de successione mulierum, num.* 27. ibi: *Quod cum masculi non sunt indefinitè vocati, nec fœminæ perpetuo exclusæ, nulla censetur habita agnationis ratio.*

10 Assi tambien lo siente Casanate *cons.* 4. *ex num.* 205. *usque ad num.* 212. à quien siguen otros muchos, que dàn por muy cierto, que el llamamiento de hembras es destructivo del concepto de agnacion, ibi: *Quod ex sola vocatione fœminarum, alio non apparente, omnes agnationis conjecturæ destruuntur.*

11 Aun lo explica mas dicho Casanate *in cons.* 23. *num.* 4. & *in cons.* 38. *num.* 69. & 70. *à num.* 90. & *tribus seqq.* & præcipue en el dicho *num.* 90. dize: *Secundo respondeo masculinitatis qualitatem ad inducendam agnationis rationem, solum esse considerabilem ubi masculi ex masculis vocantur, & fœminæ præcisè, & omni casu excluduntur, secus autem ubi in aliquibus casibus masculi tantum vocantur, in aliquibus autem fœminæ, vel descendentes ex fœminis, vel cognati admittuntur, tunc enim ratio prædilectionis, ac prælationis masculorum (ob solam qualitatem masculinitatis) potius considerari potest, quam ratio conservationis agnationis, ob qualitatem masculinitatis.* Citando en comprobacion de lo dicho à Curcio, Decio Socino el menor, Mazario, Cephalo, Botam, Puteo, y Molina.

12 Y aun el mesmo Molina en el *vers. Ex quibus* de dicho *lib.* 5. *n.* 50. reprehende la opinion de Ancarrano, y otros, que dixeron, que aunque en la disposicion se hallara la vocacion de algunas hembras, èsta no excluìa el concepto de agnacion limitado en los varones antecedentemente llamados, si solo en lo universal de la disposicion, satisfaciendo con su acostumbrada erudicion, que dicha opinion podrà tener lugar, quando la razon de agnacion se expressò en las primeras vocaciones; no empero quando se quiere deducir por la

vocacion de los varones.

13 Ibi: *Quia omnes opinati sunt non ideò cessare rationem considerationis agnationis, quod testator in aliqua parte fœminam, seu masculum cognatum ad ejus suceesionem vocaverit: nam vel ea omnia falsa sunt, ut ex superius adductis comprehenditur; vel erunt intelligenda uno ex duobus modis, primo quando ratio conservandæ agnationis à testatore expressa fuit, non autem quando eam volumus ex vocatione masculorum deducere; tunc namque illam deducere non possumus, quando in aliqua parte cognatus fuit vocatus.*

14 Prosiguiendo, que aun en el caso de averse contemplado expressamente la agnacion, la vocacion de cognados la haze estrechar à las vocaciones de agnados que la anteceden, ibi: *Secundo, quod censeatur considerata ratio agnationis quoad solas personas vocatas, non autem, quod ex earum vocatione posimus eam dispositionem ex ratione considerationis agnationis extendere ad alios non vocatos.*

15 Cuyo lugar vulgarmente se ha entendido en los terminos de hallarse llamados de varones agnados, los de hembra, ò varones cognados, como puede verse en Suelves *cons. 5. num. 52.* ibi: *Intelligi hoc debet intra cancellos secundæ opinionis (quam non sequimur) nempè, quando fœminę post omnes agnatos admissę fuere, non verò cum vocati sunt descendentes masculi, & postea fœminę, ac illarum filii.*

16 Y la razon es clara, pues como dize Castillo *lib. 5. cap. 92. n. 16. & cap. 133. num. 20. vers. Remanet* 10. siempre, que despues de las vocaciones de los hijos descendientes varones se sigue vocacion de varon cognado, èsta destruye la congetura de agnacion, que podia resultar de la vocacion continuada de varones, ibi: *Remanet itaque, quod si in dispositione majoratus, vel in institutione reperitur quęcumque vocatio, aut substitutio masculi cognati, hęc quidem destruit conjecturam agnationis, quę alias resultare posset ex vocatione continuata masculorum in primo statu agnatorum.*

17 De otros muchos, y graves Autores se prueva no hallarse contemplada la agnacion en nuestro vinculo, & præcipuè de la autoridad de Sesè *decis. Regn. Arag. decis. 254. num. 25. in med.* en donde cita la sentencia de Sozino *cons. 9. num. 2. in* 3. Crabeta 250. los quales excluyen el concepto de agnacion, quando se hizo vocacion de alguna hembra; y dicho Crab. *cons. 306. Ait, quod ubi post masculos si sine liberis masculis substituuntur fœminæ non pręsumi agnationem*; y lo mesmo trae Hieronymus Gabriel *cons. 132. num. 34.* Boerio *cons. 114. num. 1. in 2.*

18 Con mayor claridad, y en los terminos de nuestra contin-

gen-

gencia lo afirman Cephalo *conſ.600.* ibi: *Ubi abſolutè, & ſimpliciter non excluduntur fœminę, ſed poſt omnes maſculos vocantur, non præſumitur conſiderata agnatio.* Cavalcano *deciſ. 13.num.19. p.3.verſ. Statutum*, ibi: *Vocans aliquo caſu fœminas, non conſiderat agnationem.* Padilla *leg. cum acutiſsimi, C. de fideicom. Ait tunc conſiderari agnationem cum fœminę prorſus excluduntur à fideicommiſſo.* Caſanate *conſ.4. num.205.* ubi pluribus ante relatis reſolvit, *ex vocatione fœminarum omnes conjucturas agnationis deſtrui.* Gutierrez *conſ.13.n.23.* ait: *Quod ſi in aliqua parte majoratus vocētur fœminæ etiam poſt plures maſculos non datur agnatio.* Decio *conſ.360.n. 3.* ibi: *Poſt inſtitutos maſculos ſubſtitutis fœminis non dari agnationem*; & dict. Cephalus omnino videndus ubi ſupra num.36.

19 Y el dicho Pegas *dict.deciſ. 254.num.26.* concluye: *In quibus Doctoribus, & aliis quamplurimis, qui poſſent allegari manifeſtè videmus, quod quandocumque fœminę vocantur, etiam poſt omnes maſculos agnatos, in qualibet parte, & non ſunt omnino excluſæ, non datur præſumptio agnationis, ut in ſpecie dixerunt* Craveta *conſ.306. num. 5. & 250. num. 2.* Cephal. *conſ.600.* Cavalc. *deciſ.13.num.79.* Molina *de Primog. lib. 3. cap. 5.n. 50. ubi allegat alios plures aſſerentes ſufficere ad excludēdam agnationem ſi fœminę in aliqua parte reperiantur vocatæ, & non ſint perpetuo excluſę*, & Decius *conſ.370. num.3. cum aliis* ſiguen eſte parecer, *ubi poſt maſculos vocantur fœminæ.* Socin. *conſ.3.num. 2. l.4. dicit, quod ubi attenta diſpoſitione teſtatoris, poſsint bona exire de agnatione aliquo caſu, non datur agnatio.* Boerio *conſ.114. num. 7. lib.2.* Menoch. *præſumpt.216.n.8.lib.3.& præſumpt. 69. num. 10. lib.4.* Hondedeus *conſ. 8. num.56.lib.1.* Surdus 308. *num.15. lib.3.* Mantica *lib.6. tit.15. num.9. qui ait, quod ubicumque fœminę ſuſtituuntur maſculis non datur agnatio.* Simon de Pretis *lib.3. ult. volunt. interpręt. 3. dubitat. 1. reſol.11. num.71. ubi ſi aliquo caſu vocantur fœminæ non datur agnatio.* Guido Pap. *deciſ.612.* Greg.Lopez *leg.3. tit. 13. part. 6. gloſ. magna, quæſt. 19.* Padilla *in leg.cum acutiſsimi num. 22. Cod.de fideicomm.* Gutierrez *conſ.13.num.23.* Todos los quales enſeñan, q̃ en el caſo que huvo vocacion de hembra en defeto de varones en qualquier vinculo, de ningun modo ſe puede conſiderar contemplada la agnacion, ſi ſolo la maſculinidad.

20 Ni ſe puede arguir dicha agnacion de que el teſtador llamaſſe à ſu hijo, y varones deſcendientes de èſte por recta linea maſculina, con excluſion de los que recibieſſen Sacros Ordenes, ò profeſſaſſen en alguna Religion, ſegun la doctrina de Palma Nepos *allegac.48. num.47. & ſeq.* ibi: *Minus valet prætendi quod fuerit à teſtatore contemplata propria agnatio, vel ex eo quod vocaverit primogenitos cum*

qua-

qualitate masculinitatis, & legitimitatis, vel ex eo quod excluserit Religiosos professos: quo etenim ad primum sufficit respondere quod ex illa qualitate importatur quidem sexus masculini prędilectio, nullatenus autem induci valet agnationis contemplatio; y despues de alegar infinitas decisiones de la Rota, prosigue en el *num.49. ad exclusionem vero Religiosorum professorum satis respondet.* Rota *in decis. 209. num.9.& seqq. par.8. recent.* ibi: *Quod potuit testator moveri, ex quo non debent hujusmodi personæ sæcularibus negotiis se ingerere, & propterea, quod non benè arguitur ad agnationis contemplationem.*

21 Queda yà bastantemente probado, que en manera alguna contemplò nuestro testador la verdadera agnacion, por quanto en las clausulas 4. y 5. llamò à la succesion à las hijas de Don Francisco su hijo: expresion, que en qualquiera parte del testamento hecha, destruye de el todo el concepto de agnacion, en sentir de Molina, y los demàs Autores que vàn citados; pero con todo, aun dado, que en la primera disposicion que se incluye en las tres primeras clausulas la huviera de algun modo considerado, lo que es cierto, y fuera de question es, el que no contemplò la agnacion artificiosa en las clausulas 4. y 5. en que llamò à las hijas de el dicho Don Francisco, primer llamado, y sus descendientes varones; si solo formò un vinculo de nuda masculinidad, y que hallandonos al presente en el caso de la disposicion de las clausulas 4.y 5. no puede negarse en Don Fernando el prelativo drecho à la succesion de que se tratà, como à qualificado, segun la ley de la fundacion de este mayorazgo.

22 Que en las referidas clausulas 4.y 5. no atendiò el vinculador à la conservacion de la agnacion fingida, se manifiesta por ellas mesmas, en las quales no se advierte palabra alguna clara, y expressa inductiva de agnacion artificiosa: en cuyos terminos es cierto que se entiende despreciada, por manera que faltando la expresion literal de la conservacion de la agnacion fingida, ninguna conjetura por eficaz, vehemente, y urgentissima que sea, es bastante à inducirla, assi lo assienta por regla Roxas *de incompat. p.1. §.21. 311.* ibi: *Attamen advertendum est, quod nisi ex verbis claris, & expressis, & literaliter ad id concludendum absque quibuscumque presumptionibus, & conjecturis etiam valde urgentibus, nulla datur linea agnationis, sive expressę, & absolutæ, sive limitatæ, vel artificiosæ, & fictitię.* Cuya regla està sacada de la Pragmatica sancion dada en el año 1615. que es la ley 14. *tit.7.lib.5.recop.* en que literalmente se dispone lo dicho.

23 Lo mesmo enseña dicho Roxas en el num.112.*Ibi non datur,*

ne-

neque admitti unquam debet agnatio fictitia, nisi quando expressè dicat testator: Sucedan en este mayorazgo los hijos, y descendientes de tal, ù de tales hembras por via de agnacion, ò varonìa; ò sucedan los hijos, y descendientes varones, de tal, ò tales hembras, de varon en varon; de cuyas doctrinas sin dificultad se manifiesta el defeto de fingida agnacion, respeto de lo dispuesto en las dichas clausulas 4. y 5. pues no leyendose la menor expresion de ella, esta sola taciturnidad, y silencio, es por sì solo eficacissimo argumento para destruirla, teniendo aqui lugar la regla: *Quod si testator voluisset expressisset.*

24 Calificase mas lo que và dicho con la satisfacion à un reparo que contra ello se ofrece, y nace, yà de la doctrina de Roxas en el numero inmediato ponderada, yà tambien de la opinion de èl mesmo en el citado lugar num. 2. admite este Autor, que la agnacion verdadera, y à su imitacion la fingida pueden inducirse de dos modos: primeramente, quando el testador haze manifestacion expressa de ello por estas, ò semejantes palabras: *Quiero conservar mi agnacion verdadera, y en su defeto la artificiosa*; en segundo lugar, quando explica lo mesmo por palabras equivalentes, como *Sucedan de varon en varon por linea masculina; ò sucedan siempre varones, y no sucedan hembras*. De cuya doctrina parece averse tenido razon de la artificiosa agnacion en dichas clausulas 4. y 5. por encontrarse llamados los descendientes varones de varones de las hijas de Don Francisco.

25 Este reparo, al parecer fuerte, dà mas creditos à lo ponderado, pues las dudas satisfechas aclarecen la verdad: *Veritas enim quando magis conteritur, & oppugnatur, tanto clarior, expulsis nebulis in lucem progreditur*, Bolandus *cons. 13. num. 1. volum. 3.*

26 La mesma autoridad de Roxas insinùa la satisfaccion à este reparo; reparense aquellas palabras: *Los hijos, y descendientes de tal, ò tales hembras de varon en varon*, en las quales supone, que es circunstancia precissa para inducir la artificiosa agnacion el llamar solo à los descendientes varones de varones de hembras, pero no à ellas; de forma, que si el testador las llama al ingresso de la succesion en su linea, aunque al progresso llame sus descendientes varones de varones, no puede entenderse en manera alguna considerada la artificiosa agnacion: todo esto significan aquellas palabras de el referido Roxas cautamente concebidas: *A los descendientes de tal, ò tales hembras varon de varon*, esto es, *à los descendientes varones solos, pero no à las hembras.*

27 Assi lo enseña expressamente como à regla, y principio cier-

to en esta materia, Larrea *decis. 54. num. 3. Et cum filias suas in defectum filiorum, & masculos ex illis vocasset, non potest agnatio præsumi quantumvis masculos ex masculis substituisset, sed solum masculorum prælationem fœminis.* Resolucion à la verdad, que ni aun fingida, puede ser mas ajustada à nuestro caso; pues en las clausulas 4. y 5. llamò el testador à nuestro vinculo à las hijas, y descendientes varones de varones de Don Francisco, primer llamado, ordine primogenituræ servato, y esta sola vocacion de las hembras al ingresso de la succesion en sus lineas desvanece, y aparta tan lexos el concepto de agnacion fingida, que ni aun sombra de ella permite considerarse.

28 Lo que queda dicho se funda en una razon invariable, porque siendo la agnacion artificiosa imagen, y representacion de la verdadera, segun lo enseña Roxas *dict. loco, num.* 310. con Socino, Reminaldo, Paulo Paricio, Bursato, y Menochio, no pudiendo principiarse la verdadera agnacion en las hembras, §. 1. *instit. de adop. leg.* 7. *de legib. tut. leg.* 10. §. 2. *de gradib. & affinit.* tampoco cabe el que llamandose las hembras al ingresso de la succesion en sus lineas, pueda considerarse en sus descendientes, aunque varones de varones la agnacion fingida, *cum fictio naturam imitetur* 54. *instit. de adop. leg.* 15. §. *ult. cum leg. sequi, l.* 40. §. 1. *ff. eodem. tit. Cicero pro domo sua.* Y por esta mesma razon todos los argumentos que quedan ponderados en exclusion de la verdadera agnacion, persuaden igualmente el defecto de la artificiosa, y fingida.

29 Ni de la clausula 6. hasta la 7. inclusive, en que llama à los hijos, y descendientes varones de Francina hija del vinculador, puede entenderse agnacion artificiosa, puesto que en las clausulas 8. y 9. llama à las hijas de Francina, primero que à los varones de èstas; lo que se opone al concepto de artificiosa agnacion, segun se ha provado, y lo mas que podria inferirse, caso negado de averla contemplado, serìa agnacion fingida limitada à los hijos varones de Francina, en cuyo caso no nos hallamos.

30 De todo lo hasta aqui ponderado claramente se argùye, que nuestro vinculo no es de verdadera, ni de artificiosa agnacion; y siendo igualmente cierto, que no es regular, pues no se lee en la fundacion observado, antesbien trastornado el orden de linea, grado, sexo, y edad, se infiere legitimamente, que se deve calificar por de nuda, y simple masculinidad; asi arguye en semejante especie Alvarez Pegas *de exclusione, inclusione, &c. majoratus cap.* 12. *num.* 56. ibi: *Cujusnam naturæ sit majoratus de quo contenditur, agnoscere operepretium*

est:

est : non quidem regularis est , quia non ad omnes descendentes servata lineæ, gradus , sexus , & ætatis prærogativa defertur. Vella *disc.49.num.45.Non agnationis puræ, quia ad successionem fœminæ aliquando admittuntur* , ex Phęb. *decis.39.num.14.* Vella sup. Molin. *de Primog.lib.3.cap. 5.n. 25.* Sous de Macedo *decis. 19. num.4. Ergo simplicis masculinitatis censendus est.*

31 Assi lo prueva la repetida vocacion de varones , y prelacion à las hembras , que de todo el contexto de la disposicion se advierte, segun lo enseñan Lara *de vita hominis,cap.30. num.96. versic. Aut vocavit filios*, Castillo *lib.5.controv. cap.133. num.2.* Molin.*lib.3.cap.5.n.30.* Roxa *de incom. majorat.part.1.cap.6. §.22.per tot.* & pluribus citatis. Rosa *consul. forens. cap.69. num. 19. & 40.*

32 Lo propio literalmente prueva la clausula 6.de la fundacion de nuestro vinculo , en la qual el testador para cerrar , y concluir las substituciones hechas entre los hijos,y descendientes varones de Don Francisco , primer heredero , dize assi : *En caso que el dicho Don Francisco muriere sin hijos , ò hijas legitimos , è de legitimo matrimonio carnalmente procreados , ò sus hijos , ò hijas , è descendientes de ellos, è de ellas muriessen sin hijos varones legitimos , è de legitimo matrimonio carnalmente procreados , è descendientes de ellos, è de ellas,&c.*

33 De cuyas palabras , modo , y forma de proferirlas, con evidencia se arguye la vocacion de los varones simpliciter ; y por consiguiente un vinculo de nuda , y simple masculinidad. Roxas ubi sup.

34 Que en esta clausula estèn llamados los hijos, y descendientes varones de Don Francisco simpliciter , es innegable , pues se hallan assi puestos en condicion , por aquellas palabras *sin hijos varones*, sin otro adito ; y en los mayorazgos, y fideicomissos perpetuos es regla invariable , que los hijos puestos en condicion , estàn llamados en la mesma forma à la succession.Molin. *de primog.lib.1.cap.6.num.2.* & ibidem addentes *vers. Secundo limitatur.* Castill. *lib. 4. controv. cap. 9. num.73.* Menoch. *lib.4. præsum. 76. num.55.* Sessè *decis.65.num.2. y 3.* Peregr. *cons. 51.num.5.lib.4.* y es comun.

35 Sin que pueda dezirse , que se entenderian repetidas en la clausula 6. las palabras *por recta linea masculina* , puestas en las antecedentes ; y por consiguiente , que la palabra *varones*, se deveria entender con dicha qualidad, y no comprenderia los varones de hembras, porque se responde , que siendo la repeticion odiosa , no deve en manera alguna admitirse ; segun en estos terminos lo enseña Beroi. à quien sigue Sessè *decis.412. num.21.* ibi : *Idem concludit consil. 115.n.*

14.

14. vol. 2. in favorem Mariæ Neptis, quæ fecit deficere conditionem si sine filiis, cum sua existentia, non obstante, quod in proximo capitulo immediato præcedenti adjecta fuisset qualitas masculinitatis dictis filiis.

36 Digno es de reparo, en confirmacion de què nuestro vinculo es de nuda, y simple masculinidad, el que el testador en todas las cinco primeras clausulas, siempre, y quando quiso llamar à los descendientes varones, yà de los hijos, yà tambien de las hijas de Don Francisco, primer heredero; aunque en el periodo antecedente à la vocacion uso de las palabras *por recta linea masculina*; empero quando passò à lo literal, formal, y directo de la vocacion no repite semejante expression, si solo llama à los descendientes varones, sin otro adito: cuya general locucion prueva solo predileccion al sexo masculino, y assi nuda, y simple masculinidad, como enseñan comunmente todos los Doctores.

37 Sin que pueda entenderse repetida la referida expression *por recta linea masculina* en lo formal de la disposicion, porque es bien sabido, que la qualidad incluye la condicion antecedente no influye en la disposicion siguiente, assi como por la qualidad de la condicion siguiente no se coarta, ni limita lo general de la disposicion antecedente; assi lo enseña con Baldo, Simon de Pretis, y otros, Torre *de majorat. decis.* 38. *à num.* 17. y mas expressamente Sessè *decis.* 412. *num.*20. ibi: *Et quod verba principalia præcedentia de filiis masculis non limitantur per verba conditionalia, licèt dicantur masculi per lineam masculinam ad excludendos masculos ex fœmina, vel quod præcedente clausula comprehensiva fœminarum, sicut verbum descendentes, velle illud restringere ad masculos, ex eo quod reperiatur positum verbum masculus, in sequenti clausula, jam dixi supra.* Y es la razon, porque como la disposicion *prevalet conditioni*, Descian. *cons.*1. *n.*98. *lib.*2. Alex. Raud. *cons.*39. *n.* 27. & 43. *lib.*1. Riminald. Senior *cons.*223. *num.*66. *vers.Respondeo etiam.* Si aquella se qualificàra, y restringiera por èsta, siguiera lo principal la naturaleza de lo accessorio, contra la comun regla de el *capit. accessorium, d.regul.jur. in sexto. §. Si tamen 26. instit. de rerum divit. leg. §.1.ff.de eod.tit.leg.7. §.2. ff.ad exhiben. leg. cum avum 19. §. pervenimus 13. ff. de auro, & argen.leg.*

38 Y en nuestro caso procede con mayoria de razon lo dicho, pues admitida la repeticion de las palabras *por recta linea masculina*, quedarian excluidos los varones de hembra descendientes de el testador, alias incluidos en lo general de la disposicion, como tambien deverse regular nuestro vinculo, ò interpretar su fundacion, segun

los fueros de Aragon, los que disponian *Standum fore chartæ præcipuè testamenti*, como se dirà mas adelante; en cuyos terminos es dificilissimo el entenderse repetida en la disposicion la qualidad que incluye la condicion, segun lo enseña Sessè ubi supra *num.* 19. *in fine*, ibi: *Quę repetio regulariter est prohibita juxta opinionem Ananiæ consil.* 22. *magis veram, & magis communem secundum Ancarran. & alios, & hoc procedit à fortiori quando per repetitionem inducitur exclusio fœminarum, & suorum filiorum masculorum descendentiũ à testatore.* Socin. Junior *consil.* 13. *num.* 32. *in tertio*, Hipolit. Rimin. *consil.* 632. *num.* 60. Descian. *dict. cons.* 1. *num.* 148. *Et in Aragonia est citra omne dubium, ut dixi supr. & infra latius.*

39 Y aunque algunos Doctores admiten semejante repeticion, quando la condicion, y disposicion se hallan baxo una mesma clausula, y oracion, y unas mesmas personas comprendidas en ambas, esta doctrina la limitan los mesmos que la defienden en el caso de aparecer la voluntad de el testador en contrario, ò expressamente, ò por conjeturas, Torre ubi sup. *in fin. num. final.* y en nuestros terminos à mas de las conjeturas que quedan dichas exclusivas de la repeticion, se vè claramente, que el testador no quiso inculcar, y repetir la referida expression *por recta linea masculina*; por quanto en los mesmos periodos condicionales se leen tambien estas palabras: *Legitimos, y de legitimo matrimonio carnalmente procreados*, y sin embargo de estàr yà puestas, las repite en lo formal de la disposicion; claro argumento de que no quiso el testador se entendiessen repetidas las otras *por recta linea masculina*, pues à quererlo assi, ò las huviera callado todas, ò el repetir algunas serìa solo fomentar la superfluidad, lo que no cabe; Torre *de majorat. part.* 2. *quæst.* 23. *num.* 30. ibi: *Evitatur enim in qualibet dispositione quantum fieri potest superfluitas pręcipue in testamentis, in quibus nullum verbum debet stare otiosum. l. si quando in prin. ff. de legat.* 1. Mantic. *de conject. lib.* 3. *tit.* 6. *num.* 1. *& seqq.* Surdus *decis.* 320. *n.* 9. *& decis.* 41. *num.* 10. coram Roxas.

40 Y que aun tratandose de unas mesmas personas, y en una mesma oracion la qualidad que incluye la condicion, no se entienda repetida en la disposicion, se arguye de el consejo de Ruino 152. *n.* 6. *volum.* 2. *vers. Et huic ultimo*, en que propone el caso en que el testador instituyò herederos à dos hijos suyos, y si alguno de ellos muriesse sin hijos, reciprocamente substituyò al otro, y muriendo ambos sin hijos varones, substituyò al Monte de la piedad; y aviendo faltado dichos herederos *unica filia superstite*, enseña dicho Autor, que èsta excluyò al substituto, por quanto la qualidad de masculinidad

que

que incluye la condicion, no pudo entenderse repetida en lo formal de la disposicion, en cuya especie se trata de unas mesmas personas, en la condicion, y en la disposicion, es à saber, de los descendientes del testador, y en una mesma oracion. Y en terminos mas especificos de hallarse en la disposicion los hijos varones descendientes de el testador, sin otro adito, y puestos en condicion los mesmos, con la expression *per lineam masculinam*; enseña lo propio Bursato *consil.* 228. *lib.* 3. *num.* 26. 27. *y* 28.

41 De todo lo hasta aqui dicho, se infiere, que nuestro vinculo es de nuda, y simple masculinidad, pues aunque en los periodos que anteceden la disposicion formal, se hallen puestos en condicion los descendientes varones por recta linea masculina; empero en lo formal de la disposicion se leen solo llamados los descendientes varones, sin otra restriccion, cuya general expression comprehensiva de los varones de hembras, solo arguye prelacion de el sexo masculino, y por consiguiente nuda, y simple masculinidad.

42 Lo que en el caso que discurrimos se haze mas verosimil hecha reflexion à que la repeticion de las dichas palabras *por recta linea masculina* coartarian lo general de la disposicion; y aviendo estatuto que dispone *ut chartæ stetur*, como en nuestro caso, se vulnera, y ofende èste, mas por la restriccion, que por la extension, Sessè ubi sup. *num.* 36. *in fine*, *& restrictio magis offendit chartam, quàm extensio.*

43 Y si contra todo lo dicho se arguyera, que las dichas palabras *por recta linea masculina*, puestas en la condicion, si no se entendieran repetidas en la disposicion, nada obrarian, y serian superfluas contra lo que queda assentado; se responderìa, que no serian dichas palabras ociosas, pues podian significar la prelacion de los varones agnados à los cognados; ò podia tambien dezirse, y es lo mas cierto, que el periodo de la condicion es eliptico, y que se le deven suplir estas otras palabras, *ò varones por linea femenina*; por manera, que el periodo condicional con lo que expressa, y se sobre entiende, sirve de expression individual de lo que generalmente comprehenden las palabras *descendientes varones* de la disposicion, y assi no serian superfluas.

44 Y que se devan suplir en la condicion las palabras, *ò varones por linea femenina*, lo enseña Sessè con Alvano *cons.* 10. ubi sup. *num.* 13. prope medium, ibi: *Igitur velle restringere, & limitare amplitudinem, & capacitatem illorum verborum est directè destruere chartam, & eam offendere*, ita Beroi. dicens: *Ita fatendum in Aragonia, consil.* 120. *num.* 58. *post*

eum latissimè nos decis. 65. à num. 19. cum seqq. Et si hoc argumentum est deducendum violenter contra chartam, quanto fortius deducetur contraria ratio non offendendo chartam, sed eam servando, si super addamus clausulæ finali clausulam precedentem, dicendo: Deficientibus masculis per lineam masculinam, (supple) *& etiam fœmininam; & hoc argumento utitur Alban. consil. 10. Ubi cum prius vocasset descendentes per lineam masculinam, posuit postea in conditione si sine filiis masculis succedat consortium misericordie, dicit Alvan. quod prior vocatio linee masculine ubi est comprehensa fœmina descendens per lineam virilem, non remanebit limitata per verba conditionalia, si sine masculis,* (& quod immò est supplendum) *& etiam fœminis.*

45 Con cuya interpretacion no se ofende lo literal de la disposicion, antesbien se cumple, y guarda todo lo contenido en ella, y encontrandose en la condicion los varones *por recta linea masculina*, y en lo general de la disposicion los varones de linea femenina, es mas justa la consiliacion, y concordia, que la restriccion odiosa, Sesse ubi supr. *num.* 14. prope medium, ibi: *Quia non est offendere chartam, sed immò eam servare cum omnibus contentis in scriptura, juxta notata in l. Meviam, ff. de manumiss. test. Cum igitur in toto tenore presentis scripturæ utrumque reperiatur justior erit conciliatio, & concordia, quàm restrictio, ex quo ut dicit Alban. in vers. Ex his igitur ex eo quod in conditione ponatur linea masculina non infertur ad precedentem vocationem, ubi erant comprehensæ fœmine.*

46 Y aunque no fuera tan claro, que nuestro vinculo es de nuda, y simple masculinidad, si que pudiera considerarse alguna duda, ella mesma seria motivo de evidenciar mas nuestro assumpto; porque siendo la Corona de cada Reyno su mas noble, mayor, y crecido mayorazgo, y el que como cabeza dà leyes à los demàs, Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 3. *num.* 1. 5. 6. *& seqq. & cap.* 2. *num.* 21. *&* 24. Mieres *de majorat. part.* 2. *quest.* 6. *num.* 16. *&* 17. Gutierres *Pract. quest. lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 58. *&* 59. Castillo *controv. lib.* 6. *cap.* 164. *num.* 1. siendo igualmente cierto, que la succession de la Corona de Aragon se ha deferido siempre al varon mas remoto, y de inferior linea, en exclusion de la hembra mas proxima, y de linea superior, como se observò en el Interregno por muerte de el Señor Rey Don Juan, aviendo señido la Diadema Don Martin su hermano, en exclusion de Doña Violante, hija del dicho Don Juan, y vacante despues por muerte de Don Martin, ocupò el Cetro el Señor Rey Don Fernando, sobrino de Don Martin, è hijo de Doña Eleonor su hermana, contra la dicha Doña Violante, segun lo refiere Casanate *consil.* 53. *num.* 9.

no

no porque ſe hallàran las hembras excluidas de la ſucceſsion, ſi ſolo por ſer mayorazgo de nuda, y ſimple maſculinidad, en que prefiere qualquier varon à la hembra.

47 Y que en la dicha Corona ſe aya ſiempre ſuccedido ſegun el orden del vinculo de maſculinidad, lo enſeñan entre los hiſtoriadores Geronymo Blancas *in Catalogo Regum Aragonię*, Zurita *tom. 1. Annalium lib.11.cap.38. & tom.3.lib.12.cap.60. circa finem*, Diago *hiſtoria PP. Prædicatorum lib.2.cap.60. & 61.* Hiſpania Illuſtrata *tom.3. lib. 20.num.30. fol.554.* Marian. *lib.14. cap.2. & lib.19.cap.5.* Garibay *lib. 16. cap.7.* Sanchis *de rebus Hiſp. part.4.cap.38. fol.11. & cap.87. & 88.* Hiſtoriæ Pontificiæ *lib.6. cap.19. rubrica* Reyes de Aragon.

48 Sin que lo omitan los Juriſprudentes, como puede verſe en Seſsè *deciſ.254.num.25.* Raudeus *de Analogia part. 1. num. 19.* Aguirre *de ſucceſsione Regni Portug. par.3. num.84.* Alvar. Riber. en el miſmo tratado *part.2.num.36.* Paz *de ſeneƈt. tom.2. cap. 85. num. 224.* Aguila ad Roxas *p.1. cap.6. à num.355.* en donde hablando de la ſucceſsion de la Corona de Caſtilla, dize, que en aquella el mayorazgo es regular por la diſpoſicion de la ley *2.tit. 15. part. 2.* de forma, que la hembra de mejor linea es preferida en la ſucceſsion al varon de linea inferior; pero que en la de Aragon ſe obſerva lo contrario, y excluye el varon à la hembra, aunque ſe halle èſta en linea ſuperior, ò en la efeƈtiva, ibi: *Aſt in Aragonię Regno in ſpecie propoſita maſculus ex fœmina ad ſucceſsionem erat præferendus, ratio hujus ſententię fuit ſucceſsionem Regni Aragoniæ deferri, ſicut majoratus ſimplicis maſculinitatis.*

49 De lo dicho ſe haze patente à todas luzes, que en duda no puede negarſele la qualidad de maſculinidad à nueſtro vinculo, ſiendo el que le formò natural de el Reyno de Aragon, fundado, y ordenado en la meſma Ciudad de Zaragoza, ſobre bienes ſitos en el diſtrito de dicha Corona, preſumiendoſe, que qualquier vinculador, quando otro no expreſſa, ò en lo que expreſsò ay duda, quiere conformarſe con la naturaleza de el mayorazgo de la Corona, pues como dixo Claudiano: *Regis ad exemplum, &c.*

50 Y mas que otro alguno ſe conformaria nueſtro teſtador en la formacion de nueſtro mayorazgo, con la naturaleza de la Corona de Aragon; pues ſe hallava à la ſazon con el honorifico empleo de Juſticia mayor de dicho Reyno; y ſiendo miembro tan principal de aquella cabeza, no cabe duda en que à ſus impulſos governaria ſus acciones, y que la de la fundacion de nueſtro mayorazgo la ajuſtaria à aquel nivel tan noble, y ſoberano.

51 Y aunque lo que llevamos dicho no fuera bastante à persuadir la naturaleza de masculinidad en nuestro vinculo, seria indisputable, è incontrovertible esta verdad, como à declarada, y calificada por el Supremo Consejo de Aragon: *Merito enim nostra facimus, quibus auctoritatem nostram impartimur.* Porque aviendose disputado ante este gran Senado por parte del Real Monasterio de S. Miguel de los Reyes, la libertad de los bienes de este mayorazgo; y al contrario por parte de Doña Anna Zarçuela, segunda Abuela de los litigantes, que estavan sujetos à nuestro vinculo, se declarò por dicho Supremo Consejo à los 22. de Març0 1641. que los bienes sobre que se litigava, estavan tenidos, y comprehendidos en el fideicomisso perpetuo, que formò Don Francisco Zarçuela el Antiguo, Justicia de Aragon; y que el vinculo que èste formò (que es el que se litiga) era de nuda, y simple masculinidad, à cuya succession tenian perpetuo drecho de prelacion los varones *etiam ex fœminis*, en verba: *Pronunciamus, sententiamus, & declaramus, &c. & infra: & apparet, & constat ex testamento Francisci Zarçuela, Antiquioris, superius calendato, suum instituisse hæredem in dicta Baronia, &c. Franciscum ejus filium sub vinculo, & fideicommisso perpetuo ad favorem filiorum masculorum ejusdem, & descendentium filiorum masculorum ex eis cum prælatione semper masculorum fœminis, & majorum minoribus, dummodo non sint Religiosi, &c. & his deficientibus ad favorem filiarum ipsius hæredis, & masculorum illarum, cum eadem conditione, dummodo non sint Religiosi, &c. gravamine etiam Nominis, & Armorum de majore in minores, & de uno in alio in omnes descendentes tam per lineam masculinam, quam per fœmininam cum eisdem prælationibus masculorum fœminis, &c.*

52 Todas las razones hasta aqui ponderadas convencen, y manifiestan, que nuestro vinculo no es de verdadera agnacion, ni de artificiosa, si solo de simple, y nuda masculinidad; en cuya conformidad es incontrastable el drecho de Don Fernando en esta vacante por la qualidad de varon que le asiste, predilecta por el testador, la que unicamente deve atenderse para la succesion de semejantes vinculos, como consta literalmente de el capitulo unico *de eo, qui sibi, & heredibus suis masculis*, ibi: *Non enim patet locus fœminæ in succesione feudi, donec masculus superst ex eo qui primus de hoc feudo fuerit investitus*; lo mesmo enseña Pedro Gudelini *in commentariis de jure feudorum, part. 3. cap. 3. num. 7.*

53 Y mas especificamente en terminos de mayorazgo, Castill. *lib. 5. controv. 2. p. cap. 93. fol. 329.* en donde aviendo explicado los casos

sos

ſos en que tiene cabimiento el regular, excluye de ellos el de nueſtra eſpecie, adaptandole al de maſculinidad, ibi: *Ita quoque regula ipſa non procedit, quando teſtator fecit ſeparatim lineas maſculorum, & fœminarum, & prius maſculos quam fœminas, ſive fœminas ipſas non niſi in defectum maſculorum omnium admiſit, quia tunc attenditur qualitas lineæ, & non gradus, & dum adfuerit perſona, quę habeat qualitatem maſculinitatis, non ſuccedit fœmina quamvis proximior, & maſculus remotior, atque ita maſculus alterius lineę excludit fœminam etiam proximiorem ejus lineę in qua majoratus intraverat, quia quæritur linea ubi ſit maſculus, vel perſonam quę habeat qualitatem à teſtatore requiſitam, ut probatur in cap.1.de eo qui ſibi, & hęred.ſuis; ubi quanvis feudum non faciat tranſitum de una linea ad aliam ex vulgatis regulis ſuperius adductis, &c. text. in dict.cap.1. de natura ſucc. feudi, ſpecifica tamen diſpoſitio, qua omnes maſculi prius quam fœminæ ponuntur, & vocantur efficit, ut fiat tranſitus ad aliam lineam ubi maſculus inveniatur*, ita Bald. *in autent.ceſſante num.5. cap.de legit.hæred.* Corneus *in conſ.24.num.21. lib.2.* Curſius Junior *de fęudis, prima p. tertiæ part. num.17.* Menoch.*in conſil.172.num.13.lib.2.* con otros que cita Caſtillo, & ſic uſque ad num.24.

54 Y aunque nueſtro mayorazgo quiſiera conſiderarſe de riguroſa agnacion, limitada en los deſcendientes varones de los hijos de Don Franciſco primer heredero, y de artificioſa, ò ficta en los deſcendientes varones de las hijas del dicho Don Franciſco, en cuyo caſo al preſente nos hallamos, con todo no podria negarſele à Don Fernando el prelativo drecho à la ſucceſsion en eſta vacante, porque ſegun enſeñan Albares Pegas *cap.14. num.1. fere per tot.* Roxas, Torre, Caſtillo: *Artificioſo agnado ſe dize, el que deſciende varon de varon de un cognado de aquel, cuya agnacion ha de conſervarſe*; y encontrandoſe Don Fernando en ſu linea (que formò Doña Anna Sapena, Abuela de los contendores) deſcendiente varon de varon, ſegun ſe manifieſta por el Arbol genealogico en las Caſas 14. 17. y 21. ſe acredita ſer eſte artificioſo agnado, y como à tal, aun en terminos de ſer el vinculo de agnacion artificioſa, dever ſer admitido à la ſucceſsion prelative à la contraria, por carecer èſta de la qualidad de agnacion fingida.

55 Podriaſe reſponder à eſte argumento, que Don Fernando, aunque en ſu linea ſe halle deſcendiente varon de varon, pero que aviendo promediado entre el principio de ella, y nueſtro vinculador tres hembras, no podria conſiderarſe en èl el concepto de artificioſo agnado, apoyandolo con la comun opinion, que admite per duplex medium fœmeninam agnationem fictam extingui, & majoratum

fie-

fieri regularem.

56 No es tan cierta, y admitida esta opinion, que no tenga muchos Autores que la contradigan, y algunas razones que la inpugnen. Don Joseph de Rosa *consul. 69. num. 217. y 18.* refiere opuestos à ella à Menochio, Cephalo, Peregrino, Larrea, Valenzuela, Lara, y assi lo refiere juzgado en el Senado de Venecia, y por el de Cicilia; y el mesmo Rosa en el numero final sigue esta opinion, per hæc verba: *Ubi ergo una fictio solum sufficit, non sunt duæ admittendæ, & ubi duę, non tres. Summa igitur nostrę resolutionis hæc esto. Agnatio naturalis excludit fictam: ergo ficta fictione unica excludit fictam duplici, & ita deinceps; quia quantum distat naturalis à ficta, tantundem distat ficta unica fictione à ficta duplici; dum igitur potest hodie conservari agnatio institutorum per Don Ramirum descendentem ab institutoribus per pauciores fœminas, non est conservanda per Don Vincentium descendentem ab ipsis per plures; ideoquè in nostra specie omninò Don Ramirus est pręferendus.* Luego aunque Don Fernando se una al vinculador per plura media fœmenina, no por esso perderà la qualidad de artificioso agnado encontrandose en su linea descendiente varon de varon.

57 Lo dicho procede con mayoria de razon, haziendo como haze transito la succesion al presente à nueva linea, en que jamàs ha estado radicada, segun el Cardenal de Luca *disc. 28. num. 28.* prope medium, ibi: *Secus autem ubi agitur de ingressu pro hujusmodi futura renovatione facienda, cum tunc, ut supra spectetur solus sexus, non curato medio, quia sive illud sit simplex, sive sit duplex, semper est cognatus, ac de extranea familia fictè illam testatoris assumpturus.*

58 Esta opinion, de que per duplex mediũ fœmeninũ agnatio artificialis non extinguitur, si assi lo manifiesta el testador, es admitida sin contradictor, pues como, con su acostumbrada erudicion, notò el Cardenal de Luca *disc. 28. de fideicommiss. & in summa num. 264.* mas depende su resolucion de el arbitrio, y voluntad del testador, que de las reglas, y disposiciones de drecho, ibi: *Est autem ista quæstio potius facti, & voluntatis, quam juris non habens certam regulam, sed dependens ex singularum casuum circunstantiis, ac facti qualitate.* Y en nuestra contingencia tenemos clara, y manifiesta la voluntad del vinculador.

59 Porque en la clausula sexta llamò el testador à los descendientes de los hijos de Francina su hija, por recta linea masculina varones, y en su defecto en la clausula 8. las hijas de la dicha Francina, y sus descendientes, tambien por recta linea masculina varones; y

estos

eſtos es cierto, que deſcenderìan del teſtador per duplex medium fœmeninum, qual ſerìa Doña Francina, y ſus hijas: luego ſe ſaca por conſequencia legitima, que la promediacion de dos hembras no quiſo el teſtador vulnerara el concepto de agnacion artificioſa, ò à lo menos, que aunque promediaran muchas hembras ſtatim que hubiera varon de ellas, ſe renovara en eſte, eſtando como dormida en el interim la qualidad agnaticia, appoſite Roſa ubi ſupra *num.* 215. ibi: *Quod in noſtra ſpecie clariſsimum efficitur ex ipſa inſtitutorum voluntate, qui non ſolum maſculorum prælationem ordinaverunt in deſcendentibus ex maſculis Don Antonii, & Domnæ Claræ; ſed etiam ubi defeciſſet linea maſculina; filias fœminas ſubſtituerunt, & eorum deſcendentibus eandem perpetuam maſculorum prælationem conceſſerunt:: ideoque licet per mortem Don Raymundi majoratus fuerit ad fœminam devolutus, non ceſſavit maſculorum prælatio, ſed dormivit, ut ſupra dicebamus, quare ſupervenientibus poſtea maſculis eadem prælatio iterum ex rei natura, & ex voluntate inſtituentium excitata eſt, ideoque maſculi poſtea ex illis maſculis deſcendentes non ſolum fœminas, ſed maſculis ex fœminis excludere debent.* Y ſi el teſtador quiſo, como queda dicho, que la promediacion de dos hembras no baſtàra à deſvanecer el concepto de agnacion fingida en los deſcendientes de las hijas de Francina, con mas eficaz razon ſe arguye eſta voluntad para con los deſcendientes de las hijas de Don Franciſco primer heredero, à quienes moſtrò mas afeccion el teſtador; y por quienes primeramente quiſo ſe perpetuàra ſu agnacion artificioſa.

60 Y aunque Don Fernando no ſe hallara con la qualidad de deſcendiente varon de varon, ſi ſolo varon inmediato de hembra, devia vencer en la ſucceſsion à Doña Roſalia, porque en los mayorazgos en que ſe contempla la agnacion faltando los varones de varones, ſe admiten antes à la ſucceſsion los varones de hembra, aun de la linea mas remota, que las hembras proximas, y de mejor linea, Albarez Pegas *c.* 12. *num.* 51. ibi: *Et etiam finitis agnatis præcedit fœminis, & fit maſculis ex fœminis locus ſucceſsionis antequam ſucceſsio tranſeat ad fœminas etiam proximiores, licet majoratus ſit agnationis, & ſint vocati maſculi ex maſculis.*

61 Addentes ad Molin. *lib.* 3. *c.* 8. *num.* 7. ibi infert comm. DD. Schola, *quod ſi in majoratu agnationis ratio contemplata eſt, per prius ſuccedere debent maſculi ex maſculis, deinde maſculi ex fœminis, & per poſterius ipſæ fœminæ.* Ancharran. *conſ.* 359. Alciat. *reſp.* 15. *num.* 5. *lib.* 3. Zioſius *conſ.* 4. *num.* 8. *l.* 2. Cephalo *conſ.* 511. *num.* 3. & *conſ.* 600. *num.* 51. *lib.* 4. Greg. Lopez *in leg.* 3. *t.* 13. *part.* 6. *verbo Quod ſi ex diſpoſitione.*

Ant.

Ant. Gomez *in leg. 40. Tauri num. 63.* Garcia *de Nobilitate in divisione oper. num.32.* Peregrino *de fideicom. artic.27. num.5.* Fusar. *de subst.q. 404. num.9.* Bursat. *cons. 229.num.39. lib.7.* Mantica *de conject. lib. 8. tit. 18. num.30. & de tacitis lib.22. tit.16. num.14.* Ruin. *cons.49 n. 5. & cons. 120. num.8. volum.1.* Lo mesmo afirma Don Joseph de Rosa *consult.69.num.214.* ibi: *Contra vero, quod adhuc in isto casu masculus ex fœmina fœminam ex masculo excludat, ita ut in majoratu masculino, etiam favore agnationis facto, ordo succedendi sit, ut prius admittantur masculi ex masculis, deinde masculi ex fœminis, postea verò fœminæ, quasi gradatim fiat transitus ad ea, quæ majorem similitudinem habent inter se; & sic à masculis ex masculis, ad masculos ex fœminis, & deinde ad fœminas.*

62 Por las razones hasta aqui ponderadas se evidencia, que nuestro vinculo no es regular, y que solo puede convenirle la naturaleza de nuda, y simple masculinidad, y lo mas de artificiosa agnacion; y de qualquier modo que se considere, es claro el drecho de Don Fernando en exclusion de Doña Rosalia, pues si es de masculinidad solo con ser varon le justifica, y si de artificiosa agnacion, se halla con esta qualidad en su linea.

PUNTO SEGUNDO.

EN QUE SE PROPONEN LAS RAZONES DE LA CONtraria, con que entiende fundar su intencion, y justicia; y se dan juridicas satisfaciones.

OBJECION I.

63 QUe atendidos los grados de las vocaciones, hizo el fundador un vinculo de naturaleza regular, y perpetuo en sus descendientes; y que hallandose Doña Rosalia en la linea primogenita, deve ser admitida à la succesion, y excluir à Don Fernando, por ser la prerogativa de la linea lo que principalmente en dichos mayorazgos se atiendo.

64 En esta objecion se pretende acreditar por regular nuestro vinculo por la ley de la fundacion, y en quan debil fundamento estribe, lo manifiesta la disposicion mesma, pues no ay palabra en toda ella, que sea adaptable al vinculo regular; antesbien se ve en todas las substituciones una continuada prelacion de los varones à las hembras aun de mejor linea.

65 Ni persuade lo contrario la clausula 6. en que la otra parte pre-

pretende tener fundada su intencion, por leerse en ella puestas en condicion las hijas de Don Francisco primer heredero, de lo que ha querido arguir serìa nuestro vinculo regular, por quanto en los mayorazgos, y vinculos perpetuos en nombre de hijos, è hijas ulteriores descendientes comprehenduntur, segun lo enseña Castillo *lib. 5. controv. c. 66. num. 45. & c. 147. num. 42.* Fusar. *de subst. q. 319. & 320.* Ramon *cons. 17. num. 5.* Mieres *de majorat. p. 1. q. 15. num. 15.* y otros, y assi mesmo por entenderse llamados los puestos en condicion ex traditis supra num. 33.

66 Mas, en exclusion de dicho reparo se ha de suponer, que el vinculador en dicha clausula sexta puso discretivamēte en condicion à los hijos, hijas, y descendientes varones de Don Francisco primer heredero, en cuyos terminos, segun enseñan comunmente los Autores, el nombre de hijas, è hijos no puede extenderse à las nietas, nietos, y demàs descendientes. Esta mesma cabal satisfaccion tiene la idemptica objeccion, que podia sacar la contraria de la clausula 10. en que se encuentran puestas en condicion las hijas de Francina, hija del vinculador; y lo propio se responde à las clausalas 4. y 8. en donde se hallan llamadas las dichas hijas de Don Francisco, y Doña Francina, en defecto de los hijos varones de aquel, y de èsta.

67 Otro reparo podria motivar la contraria de la dicha clausula 6. en la qual se leen las palabras puestas en el num. 23. en las ultimas; es à saber, *descendientes de ellos, y de ellas*, en cuya expression parece, quiso comprehender el vinculador indistinctè à todos los descendientes de Don Francisco, nullo sexus discrimine habito, y, y por consiguiente formar vinculo regular para esse caso.

68 Pero se satisface, lo primero porque deve entenderse repetida la palabra varones en dichas palabras: *Descendientes de ellos, y de ellas*, pues quando al principio del periodo pone el testador la expression *descendientes varones*, como en nuestro caso, aunque despues solo se lea la palabra *descendientes*, se entiende està coarctada à los varones, segun lo enseña Molina *lib. 3. cap. 5. num. 59.* ibi: *Secunda etiam opinio non procedit, quando verbum filiis, vel descendentibus masculis, & verbum filiis, vel descendentibus in una eademque oratione inveniuntur, & ab eodem verbo reguntur; tunc namque verbum masculis in una parte adjectum, in alia repetitum esse censetur*; citando à Decio, Ruino, Gozandino, Antonio, Gabriel, Bartulo, y otros.

69 Lo segundo, porque aun dado, que en la referida expression descendientes de ellos, y de ellas, no se entendiera repetida la quali-

dad de varonìa, y por consiguiente baxo ella se entendieran llamadas à la succession las hembras, esto serìa solo en el caso de no quedar yà algun descendiente varon de los hijos, è hijas de Don Francisco, y unicamente para excluir à los descendientes de Francina, segun la misma disposicion de dicha clausula 6. evidentemente lo persuade: mas como se encuentre Don Fernando descendiente varon de las hijas de Don Francisco, es constante, que aunque baxo la palabra *descendientes de ellos, y de ellas*, estuviera comprehendida Doña Rosalia, no ha llegado el caso de su vocacion; pues aunque baxo la referida expression se incluyeran las hembras, no estarian llamadas en concurso de varon descendiente del dicho Don Francisco, si solo en su defeto, y para exclur la linea de Francina, porque se hallan puestas las referidas palabras *descendientes de ellos, y de ellas*, al cerrar la vocacion de los de Don Francisco, y al hazer transito el testador al llamamiento de la descendencia de Francina, lo que prueva averlas solo llamado in subsidium, ne successio ad personas minus dilectas transiret, como tambien lo executò el testador en la clausula 10. llamando à los descendientes de Francina, para excluir al Monasterio de Valde-Christo.

OBJECION II.

70 Que atendida la observancia, y tracto que ha tenido la succession, aviendola ocupado tres hembras continuadamente, segun parece por el Arbol genealogico, se avria hecho regular el vinculo, aunque no lo huviera sido en su principio, y origen.

71 Esta duda se satisface, teniendo presente, que la naturaleza de nuestro vinculo, segun el contexto de la fundacion, ò es de simple, y nuda masculinidad, ò à lo menos de agnacion yà verdadera, yà fingida. Si se considera de masculinidad, queda siempre irregular, aunque por largo tiempo ayan succedido hembras en falta de varones, segun Vela *dissert. 49. num. 83. Nec enim feudum ipsum per successionem prioris fœminę fœmineum efficitur*. Lo mesmo enseña Larrea *disp. 34. vers. 7.* ibi: *Masculus non minus masculinitatis jura obtinet, etiamsi duæ fœminę interponantur.*

72 Y es la razon, porque aunque ayan ocupado la succession muchas hembras, luego que se encuentra varon, qualitas masculinitatis, quæ interim dormierat, reviviscit. Mierez *de majorat. 2. quæst. 6. num. 179. & 80. Testator reliquit consanguineis Sacerdotibus quædam bona cum onere, & gravamine, ut dicerent certas Missas; & quod si non extarent Clerici consanguinei, bona devenirent ad certum Hospitale: mortuus fuit*

ul-

ultimus possessor, qui habuit bona, & tempore mortis non reperiebatur Clericus consanguineus testatoris, qui posset dicere Missas, ideoque bona ad Hospitale pervenerunt; postea unus consanguineus testatoris Clericus fuit factus, & petivit bona ab Hospitali, tanquam cessante causa exclusionis. Dubitatum fuit an Justitiam foveret, & obtinuit sententiam in favorem; quia ex verbis testatoris apparebat, quod quocumque tempore, quo adessent consanguinei Clerici, admitterentur ad legatum: & hęc deserviunt ad majoratus, in quibus cautum est, quod in defectum filiorum, & virorum, fœminæ admittantur.

73 No con menor claridad confirma lo propio dicho Mierez *p.2. quęst.6. num.27.&* 28. ibi: *Quod quanvis fæudum declinet ad fœminam propter non existentem masculum, ex quo habuit initium à stipite masculino, ab eo sumit naturam suam, & masculi præferuntur fœminis, & filii vel alii descendentes ex fœmina, licet descendant ex radice infecta, tamen habito respectu ad primum stipitem non mutant suum sexum masculinum.*

74 Asi lo siente tambien Mantic. *de conject. ultim. volun. lib. 8. cap.* 18. *num.* 9. ibi: *Quia sicuti non mutatur qualitas fæudi, quanvis fœmineum factum fuerit, quia rursus cum potest ad masculos revertitur cap.* 1. *de eo sibi vel hæred. suis, & in specie tradit Paulus Castr. qui objectum deduxit in dict. consil.* 176. *num.* 2. *volum.* 1. *ita etiam non debet immutari qualitas hujus fideicommissi, quod pro masculis primum fuit à testatore ordinatum* Pereg. *de fideicommiss. artic.* 27. *à num.* 1. *& consil.* 40. *per tot.* Fusar. *quæst.* 379. *à num.* 31. *& cons.* 73. *num.* 18. Rota apud Farinac. *decis.* 155. *num.* 8. Casan. *cons.* 53. *à num.* 2. Menoch. *cons.* 172. *n.* 16. Luego en terminos de juzgarse nuestro vinculo de masculinidad, el aver ocupado la succesion continuadamente algunas hembras, hallandose en esta vacante Don Fernando varon, poco puede aprovechar à la contraria; pues en concurso de hembras, y varones siempre se deve à estos la prelacion. Anton. Gomez *in leg.* 40. *Tauri num.* 63. ibi: *In majoratu, vel melioratione, ubi sunt masculi vocati, & in eorum defectum fœminæ, finita linea masculorum, & manente fœmina, & ex ea masculus, & fœmina, masculus præfertur fœminæ.* Amàs, que en las dos antedentes vacantes ocuparon la succesion varones, como se manifiesta por las Casas 13. y 15. del Arbol: y asi tiene yà al presente nuestro vinculo la naturaleza de masculinidad resumida.

75 Y si se juzga la naturaleza de nuestro vinculo de artificiosa agnacion en la vocacion de los descendientes de Don Francisco, que es de la que al presente se trata, es igualmente cierto, que el ingresso de muchas hembras no le ha podido trasformar perpetuamente en re-

regular; pues como queda dicho en los n. 58. y 59. siempre, y quando aya lugar, y se enquentren varones, deve renovarse el concepto de artificiosa agnacion, lo que expressamente se confirma de las clausulas 4. y 8. en que aviendo llamado el testador à las hijas de Don Francisco, y de Doña Francina, y despues à sus descendientes por recta linea masculina varones, pudo acontecer el que ocuparan la succession muchas hembras, y sin embargo no huviera quedado regular nuestro vinculo, si qualificado, y de artificiosa agnacion en los descendientes varones de qualquiera de las hijas, assi de dicho Don Francisco, como de dicha Doña Francina.

OBJECION III.

76. Que en el año 1641. aviendose litigado la succession de este mayorazgo en el Supremo Consejo de Aragon entre Doña Anna Zarçuela, y el Real Monasterio de San Miguel de los Reyes, siendo assi que hizo parte Don Francisco Sapena, hijo de la expressada Doña Anna, se pronunciò à favor de èsta; y que si el vinculo no fuera regular, si qualificado de varonìa se huviera determinado à favor de el hijo, en excluon de su Madre.

77. Pero se responde, què al tiempo que vacò la succession por muerte de Don Geronymo Perez Arnal, Padre de la expressada Doña Anna, y Abuelo del arriba dicho Don Francisco, aun no avia nacido èste, como parece por la publicacion de el testamento de dicho Don Geronymo hecha à los 18. de Noviembre de el año 1621. en los autos foxas 121. y de el mote de el Bautismo de aquel en 31. de Enero de el año 1630. en los autos foxas 121. que hecho el computo de el tiempo que discurriò entre la muerte de dicho Don Geronymo, y nacimiento de dicho Don Francisco, fue este nueve años despues de aquella; por lo que se vè claramente, que no pudo determinarse à favor de Don Francisco dicho pleyto de succession, no aviendo sido nacido, ni concebido al tiempo de la vacante, segun lo enseñan Molina *lib. 1. cap. 13. num. 37.* ibi: *Quod qualitas requisita debet adesse precisse quo cedit dies substitutionis, nec sufficit si postea superveniat.* Castillo *lib. 5. 2. p. d. conject. cap. 91. per tot. Habilitas, seu capacitas eo tempore, seu delatę successionis inspicitur, nec proximitas eorum, qui nec nati, nec concepti erant attenditur, & ideo postmodum superveniens non prodest.* El mesmo Molina en el lugar citado num. 31. confirma lo dicho con mayor claridad, ibi: *Fæudum quod semel fecit transitum ad fœminam non amovetur ab illa etiamsi masculus superveniat; & sic per tot.*

OB-

OBJECION IV.

78 Que por no aver firmado Don Fernando, Padre de mi parte en la concordia, que està por cabeza de los autos, no tendria drecho al vinculo que se litiga, ac per consequens ni Don Fernando mi parte.

79 De ningun fundamento se considera dicha objecion à vista, que el aver firmado en dicha concordia no puede dar drecho alguno à la pretension de este mayorazgo, si solo el ser descendiente de el que le formò; y como este requisito le tenia Don Fernando Padre de mi parte, poco importa el aver firmado, ò no en dicha concordia; y mas aviendo firmado en ella entre otros Doña Teresa Rebolledo, à quien aun en terminos de vinculo regular huviera excluido dicho Don Fernando, como à hermano varon de dicha Doña Teresa, segun Molina *lib.1.cap.3.num.18.* y uniformemente todos los Autores que tratan de mayorazgos.

OBJECION V.

80 Que aviendo pretendido la succesion en virtud de su substitucion el Real Monasterio de Valde-Christo, quedò excluido por Doña Violante Gasull, tercera nieta de el vinculador, argumento claro de ser el vinculo regular.

81 Esta objecion se satisface, acordando lo que queda dicho que nuestro vinculo, ò es de masculinidad, ù de artificiosa agnacion, si es de masculinidad tienen en èl inclusion las hembras en defecto de varones, segun lo enseñan todos los Autores, al capitulo *unico de eo, qui sibi, & hæred. suis lib.2. fæud.* y si se considera de agnacion, quiso el testador, como queda yà probado, succedieran hembras en defecto de varones, hasta que aviendoles se renovara en ellos el concepto de agnacion; y aun siendo el vinculo de rigurosa agnacion las hembras descendientes de los agnados excluirian al substituto estraño, aunque este fuera causa pia. Carden.de Luca *disc. 84. per tot.* Y asi que mucho que la dicha Doña Violante excluyera al Monasterio de Valde-Christo, aunque el vinculo no fuera regular.

OBJECION VI.

82 Que aunque el vinculo fuera qualificado, tocaria la succession en exclusion de Don Fernando, à Don Juan de Ribera, hijo de Doña Rosalia contendora.

83 A esta objecion se responde, que el dicho Don Juan de Ribera ni era nacido, ni concebido al tiempo de esta vacante, segun el mote de su Bautismo, que està en los autos fox. 145. por cuyo moti-

tivo no puede al presente aspirar à la succession, como queda probado al num. 77.

OBJECION VII.

83 Que ocupando Doña Rosalia la linea primogenita, deve obtener la succession, por ser el vinculo regular.

84 Se satisface esta objecion con todo lo hasta aqui alegado, cõ q̃ se persuade, que nuestro testador hizo un vinculo perpetuo, è irregular de nuda, y simple varonìa, ò à lo mas de agnacion verdadera, y limitada à los descendientes varones de Don Francisco primer heredero, y de artificiosa, ò ficta en los descendientes de las hijas de dicho Don Francisco, y tambien en los de Doña Francina, hija del vinculador; y que hallandose Don Fernando en su linea descendiente varon de varon deve excluir à la contraria, sin embargo de que se halle en la linea primogenita, como à destituida de las qualidades de simple varonìa, y de de artificiosa agnacion, prevaleciendo ambas en Don Fernando, segun queda plenamente probado; por lo que espera lograr favorable determinacion de la Sala, salva semper, &c.

Don Fernando Giron de Rebolledo.